



---

# **VICISITUDES DE LA IMPLEMENTACIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES INNOMINADAS EN EL PROCESO CIVIL COLOMBIANO**

---

**TRABAJO DE GRADO**



**RUBI ESMERALDA BERNAL OSORIO  
PAULA ANDREA CARDOZO BEDOYA**

**DIRECTORA DEL TRABAJO:  
NANCY CONSUELO ALVARADO AFRICANO**

**FUNDACIÓN UNIVERSITARIA LOS LIBERTADORES  
FACULTAD DE DERECHO, CIENCIAS POLÍTICAS Y RELACIONES  
INTERNACIONALES  
BOGOTÁ  
2016**

## Tabla de contenido

RESUMEN .....	3
PALABRAS CLAVE:.....	3
OBJETIVOS .....	6
OBJETIVO GENERAL .....	6
OBJETIVOS ESPECÍFICOS.....	6
VICISITUDES DE LA IMPLEMENTACIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES INNOMINADAS EN EL PROCESO CIVIL COLOMBIANO .....	7
PROBLEMÁTICA: .....	7
DEFINICIÓN DE LA MEDIDA CAUTELAR .....	7
Características:.....	8
• Instrumentalidad .....	8
• Provisionalidad .....	8
• Flexibilidad.....	8
• Contingencia.....	8
Elementos:.....	9
• Verosimilitud del derecho .....	9
• Peligro de daño derivado del retardo de la providencia judicial.....	9
• Contracautela .....	9
Tipos de medida cautelar: .....	10
• Medida cautelar propiamente dicha.....	10
• Medida asegurativa .....	10
• Medidas de Adelantamiento del fondo de la sentencia .....	10
• Medida Cautelar .....	11
• Medida Provisional o Anticipada .....	11
APROXIMACIONES A LA DEFINICIÓN DEL DEBIDO PROCESO.....	12
DAÑO TOLERABLE .....	14
DAÑO IRREPARABLE .....	14
DEFINICIÓN Y PARTE DE LA APLICACIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES INNOMINADAS EN LA LEGISLACIÓN DE ESPAÑA, ARGENTINA Y URUGUAY.....	15

ESPAÑA .....	16
ARGENTINA.....	19
URUGUAY.....	21
CRÍTICA A LAS MEDIDAS CAUTELARES INNOMINADAS.....	24
• FENÓMENO DE RECEPCIÓN.....	24
• LAS ALTAS FACULTADES OTORGADAS AL JUEZ.....	25
• AFECTACIÓN AL DEBIDO PROCESO .....	26
• TEMPORALIDAD.....	27
• INEXISTENCIA DE UNA DIFERENCIACIÓN ENTRE MEDIDA CAUTELAR Y MEDIDA ANTICIPATORIA.....	27
PARTE PROPOSITIVA.....	29
REFORMA NORMATIVA.....	29
CAPACITACIONES.....	31
Aprender de las experiencias en otros países .....	32
Implementar una audiencia sumaria.....	33
CONCLUSIONES .....	34
BIBLIOGRAFÍA .....	36
CIBERGRAFÍA.....	37

## RESUMEN

En el siguiente En éste trabajo de grado se hace un abordaje crítico de las posibles problemáticas que pueden surgir en la práctica de las medidas cautelares innominadas en el proceso civil Colombiano debido ala falta de reglamentación normativa en lo referente a este tema en el nuevo Código general del proceso. Es por esto que se partirá de un análisis conceptual de la medida, para luego plantear, como ya se dijo, cuáles pueden ser los problemas a la hora de decretar una medida cautelar innominada y cuáles serían las soluciones más adecuadas teniendo en cuenta la realidad y la cultura jurídica de nuestro país.

Sin embargo, es menester dejar en claro que con esta investigación no se quiere demeritar el trabajo del legislador y de los redactores del nuevo código, quienes sin lugar a dudar buscaban implementar nuevos mecanismos que dotaran de celeridad al proceso, sólo pretende exponer una crítica-propositiva en aras de hacer evidentes determinados aspectos que pueden generar situaciones de inseguridad jurídica y dificultad para la debida aplicación de la norma.

**PALABRAS CLAVE:**Medida cautelar innominada, Medida provisional, debido proceso, falta de reglamentación, unilateralidad.

## ABSTRACT

This paper presents a critical approach of the potential problems to the enforcement of the unnamed precautionary measures in the Colombian civil process on account of the few regulations in the new General Code of the Process. This is why will be start with a conceptual analysis of the measures. Then, will be pose some of the problematics of the unnamed precautionary measures and which would be the most appropriate solutions to our legal culture.

However, it's necessary be clear that this research does not intend to devalue the work of the legislator and the authors of the general code of the process who, no doubt wanted a quicker process, just pretend expose a critica-propositiva to make evident some aspects that could create legal uncertainty and trouble to apply the law.

**KEY WORDS:** Unnamed precautionary measures, Provisional measure, Due Process, Few regulations, unilaterality.

## INTRODUCCIÓN

Con la expedición del nuevo código general del proceso se abre toda una gama de procedimientos y herramientas que no se encontraban previstas en el código de procedimiento civil, dichos cambios se introdujeron en la legislación, entre otras cosas, con la finalidad de implementar un sistema oral para el proceso civil. Dentro de las modificaciones encontramos la introducción de las medidas cautelares innominadas, cuya finalidad principal es otorgarle al juez la facultad para que decrete, a petición de parte, las medidas cautelares que considere necesarias para evitar un perjuicio irremediable o el peligro del no cumplimiento de una posterior sentencia, así dichas medidas no se encuentren taxativamente enunciadas en la norma. Esta situación puede degenerar en una afectación al derecho de defensa en cabeza del que resiste la medida, ya que al no existir proceso podría verse afectado en tanto que en la petición, decreto y ejecución de las medidas primaría la unilateralidad.

Éste, entre otros aspectos, le dieron origen a esta investigación, que busca principalmente evidenciar la falta de reglamentación normativa en lo referente a las medidas cautelares innominadas extraprocesales en materia civil. Ahora bien, para cumplir con ese objetivo, se ha estructurado el trabajo de la siguiente manera:

En un primer momento se hará referencia a la definición genérica de medida cautelar y la posibilidad de clasificación con la finalidad de diferenciar los términos y hacer más claro el ámbito de estudio al que se referirá este trabajo. En este mismo sentido se aproximará al concepto de debido proceso con inclusión de proceso y la diferencia con procedimentalismo para demostrar porque la unilateralidad se escapa a la institución constitucional antes mencionada.

Adicional a lo anterior, se mencionará brevemente la definición y parte de la aplicación de las medidas cautelares innominadas extraprocesales en legislaciones como la de España, Argentina, y Uruguay, para lo cual se recurrirá a un marco normativo y doctrinal. Todo esto con el propósito de comparar el contenido normativo de dichos países con el nuestro en lo referente a las medidas cautelares innominadas de carácter extraprocesal. Finalmente se expondrán cuáles pueden ser las problemáticas que surjan a partir de la práctica de las mencionadas medidas cautelares y se propondrán alternativas de solución a dichas problemáticas.

La pertinencia de esta investigación se ve reflejada en dos aspectos; el primero de ellos en lo referente a la falta de reglamentación respecto de las medidas cautelares innominadas, ya que las disposiciones sobre el tema contenidas en el código general del proceso dan lugar a todo tipo de interpretaciones que generan una grave inseguridad jurídica no sólo para las partes de un eventual proceso sino

para los operadores judiciales. Dicho esto resulta oportuno evidenciar las dificultades que traen las medidas cautelares innominadas en materia civil, para que en base a esto se propongan alternativas a las diferentes problemáticas que puedan surgir debido al vacío normativo mencionado anteriormente. Finalmente, el segundo aspecto atañe a la falta de investigación sobre el tema en razón a la novedad de la norma, por lo que es deber ahondar en su análisis.

## **OBJETIVOS**

### **OBJETIVO GENERAL**

Evidenciar la falta de reglamentación normativa en lo referente a las medidas cautelares innominadas extraprocesales en materia civil, que el juez considere necesarias para evitar un perjuicio.

### **OBJETIVOS ESPECÍFICOS**

- ✓ Definir genéricamente el concepto de medida cautelar y su clasificación para facilitar el ámbito de estudio.
- ✓ Abordar el concepto de debido proceso para establecer si se vulnera este derecho con la práctica de las medidas cautelares innominadas extraprocesales.
- ✓ Comparar el contenido normativo de las medidas cautelares innominadas extraprocesales en legislaciones como España, Argentina y Uruguay, respecto de la legislación colombiana.
- ✓ Determinar si existe el fenómeno de la recepción en la aplicación de medidas cautelares extraprocesales en Colombia.
- ✓ Evaluar las amplias facultades otorgadas al juez por el nuevo código General del Proceso, al permitirle decidir sobre el tipo de medida cautelar que practicará.
- ✓ Identificar las problemáticas que surjan a partir de la práctica de las mencionadas medidas cautelares.
- ✓ Proponer alternativas de solución a dichas problemáticas.

## VICISITUDES DE LA IMPLEMENTACIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES INNOMINADAS EN EL PROCESO CIVIL COLOMBIANO

**PROBLEMÁTICA:** ¿Representan las medidas cautelares innominadas una afectación al debido proceso y una extralimitación a la facultad del juez civil en Colombia?

### DEFINICIÓN DE LA MEDIDA CAUTELAR

Antes de abordar el objetivo fundamental de esta investigación, es necesario enunciar la definición de las medidas cautelares innominadas y realizar una diferenciación con otros conceptos que pueden generar confusiones.

Para el autor Giuseppe Chiovenda las medidas cautelares están determinadas por el peligro o la urgencia de esta manera *“son llamadas provisionales, cautelares o de conservación porque se dictan con anterioridad a que esté declarada la voluntad concreta de la ley que garantiza un bien, o antes de que se lleve a cabo su actuación, como garantía de ésta, y varían según la naturaleza del bien que se pretende”*<sup>1</sup>; es de resaltar que existen diversos autores como el argentino Raúl Martínez Botos<sup>2</sup> y Camilo Rivera<sup>3</sup> que se han encargado de definir el concepto de medida.

---

<sup>1</sup> CHIOVENDA, Giuseppe, *Instituciones de derecho procesal civil*, Vol. I, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1948, p. 280.

<sup>2</sup> MARTÍNEZ BOTOS, Raúl, *Medidas cautelares*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1994, p. 28. Estableciendo que: *“las medidas cautelares constituyen un medio tendiente a asegurar el cumplimiento de las resoluciones judiciales cuando, antes de incoarse en el proceso, o durante su curso, una de las partes demuestra que su derecho es prima facie verosímil, y que existe peligro de que la decisión jurisdiccional sea incumplida”*

<sup>3</sup> RIVERA, Camilo, *El proceso cautelar en el proceso penal acusatorio Mexicano*, IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C., núm. 24, Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A. C. México, 2009, pp. 266 Estableciendo que: *“la medida cautelar se puede definir como una institución procesal a través de la cual, el órgano jurisdiccional, a petición de parte, adelanta ciertos efectos o todos de un fallo definitivo, o el aseguramiento de una prueba, al admitir la existencia de una apariencia de derecho y el peligro que puede significar la demora producida por la espera del fallo definitivo o la actuación de una prueba”*



Como lo establece la sentencia **T-558-03** la Corte establece que *“Las medidas cautelares o providencias cautelares o precautorias son indispensables no sólo en los procesos propiamente dichos, sino inclusive en los procedimientos en los cuales se discuten los derechos o intereses legítimos de las personas, ya que es necesario preservar la situación que debe prevalecer durante el trámite para evitar que se consumen de manera irreparable las violaciones a dichos derechos e intereses, o bien que pueda quedar sin materia la sentencia o resolución que se pronuncien en cuanto al fondo”*.

Un referente teórico obligado al momento de hablar de medidas cautelares es el autor italiano Piero Calamandrei, quien afirma que resulta más adecuado denominar a las medidas cautelares como providencia cautelar que se diferencia de otros tipos de providencias jurisdiccionales (por ejemplo de las providencias de fondo o definitivas del proceso) debido a que cuentan con: (i) un carácter provisional y (ii) una limitación en el tiempo de sus efectos.

#### **Características:**

- **Instrumentalidad:** La medida cautelar siempre estará subordinada al fallo definitivo de una posterior sentencia.
- **Provisionalidad:** Debido a que las medidas subsisten mientras perduren las circunstancias que le dieron origen.
- **Flexibilidad:** Las medidas cautelares no permanecen inmodificables ya que pueden ser variadas a petición del solicitante o sustituidas por aquel afectado por las medidas decretadas.
- **Contingencia:** Ya que puede suceder que la medida cautelar cumpla o no con los objetivos para los que fue creada. Esta característica fue establecida por Calamandrei<sup>4</sup> a partir de donde se establece que la finalidad de las medidas cautelares es proteger el derecho y después verificar si las medidas se decretaron de manera

---

<sup>4</sup>Ididem, p.p 268. Establece el autor que: “Las providencias cautelares representan una conciliación entre las dos exigencias frecuentemente opuestas, de la justicia: la celeridad y la ponderación; entre hacer las cosas pronto pero mal, y hacerlas bien pero tarde, las providencias cautelares tienen ante todo, a hacerlas pronto, dejando que el problema del bien y mal, esto es, de la justicia intrínseca de la providencia, se resuelve más tarde, con la necesaria ponderación, en las reposadas formas de proceso ordinario. Permiten de este modo al proceso ordinario funcionar con calma, en cuanto aseguran preventivamente los medios idóneos para hacer que la providencia pueda tener, al ser dictada, la misma eficacia y el mismo rendimiento práctico que tendría si se hubiera dictado inmediatamente”

adecuada, situación que en últimas haría prevalecer el fin sobre los medios utilizados.

### Elementos:

- **Verosimilitud del derecho:** También conocido como *Fumus bonis iuris*. La apariencia del buen derecho constituye un juicio de probabilidades o una presunción de la existencia de un derecho. Se habla de probabilidad ya que el único medio que decreta con certeza la existencia de tal derecho es una sentencia judicial. “fumus boni iuris no es más que una valoración subjetiva y, en gran parte, discrecional, del juez sobre la apariencia de que existen intereses, tutelados por el derecho, totalmente sumaria”<sup>5</sup>
- **Peligro de daño derivado del retardo de la providencia judicial:** Conocido como *Periculum in mora*, Calamandrei afirma que una cosa es el *periculum in mora* y otra muy distinta el peligro genérico frente al que actúa la tutela jurisdiccional preventiva,<sup>6</sup> ya que en el primero además del peligro de la afectación de un derecho, debe existir una urgencia respecto de la aplicación de la medida ya que de no decretarse se produciría un daño efectivo frente al que la tutela jurisdiccional preventiva resultaría ineficaz. En términos generales podemos entender este elemento como aquel “temor a un daño jurídico, es decir, la inminencia de un posible daño a un derecho o a un posible derecho. Por esta razón, las decisiones cautelares pueden ser revocadas, modificadas o confirmadas,”<sup>7</sup> que en algunos casos también constituye una valoración subjetiva y a veces discrecional por parte del juez.
- **Contracautela:** Se entiende como una exigencia para la admisión o ejecución de las medidas cautelares, a pesar de que tiene naturaleza cautelar no se le exigen los mismos presupuestos que a la medida cautelar.<sup>8</sup>

---

<sup>5</sup> ROCCO, Ugo, Tratado de derecho procesal civil, t. V, Editorial Depalma, Buenos Aires, p. 48.

<sup>6</sup> Este tipo de tutela opera cuando el derecho no haya sido lesionado efectivamente, es decir, surge del peligro y no del daño jurídico como tal

<sup>7</sup> RIVERA, Camilo, Op cit, p.p 269

<sup>8</sup> Ibidem, p.p 270. La contracautela esta: “Destinada a garantizar el resarcimiento de los eventuales daños derivados de la ejecución de una medida cautelar ante la eventualidad de que la pretensión principal sea declarada infundada. La contracautela es por ello garantía de garantías y cautela de decisiones cautelares. La admisión de la contracautela, en cuanto a su naturaleza y monto, la

### Tipos de medida cautelar:

- **Medida cautelar propiamente dicha:** Son aquellas medidas que buscan evitar una eventual inejecución de una sentencia de condena, así garantiza que los derechos de la parte que ejecutará la acción no se vean vulnerados. Por ejemplo, la adopción de un embargo para asegurar que, si se obtiene una sentencia de condena con probabilidad de fallo a favor de la parte accionante, la parte accionada evite solventarse.
- **Medida asegurativa:** Es un anticipo de prueba frente a la existencia de un riesgo de pérdida de la misma por ejemplo, la declaración extraprocesal y/o anticipatoria de un adulto mayor que se encuentra en graves condiciones de salud, cuyo testimonio es de gran relevancia para el respectivo caso.
- **Medidas de Adelantamiento del fondo de la sentencia:** Se trata básicamente de una condena provisional por ejemplo, cuando se pretende principalmente hacer pagar una suma de dinero determinada por el concepto del pago de alimentos. El órgano judicial establecerá, de forma anticipatoria, al pago de dichos alimentos mientras dure el proceso, medida que es un adelantamiento interino del contenido de fondo de la sentencia.

Además de lo anterior es necesario hacer una distinción entre dos tipos de medida, lo que le dará sustento a la totalidad de nuestro trabajo, se trata de la medida cautelar y de la medida provisional o anticipatoria ya que en nuestra legislación no existe una diferenciación de este concepto (situación que será tratada más adelante) Por ahora sólo se expondrán las diferencias entre estos tipos de medida.<sup>9</sup>

Todo proceso presupone el cumplimiento de unas etapas que evidentemente durarán un tiempo determinado. Es por la espera de que transcurra este tiempo que surgen 2 peligros o riesgos, a saber: (i) que no se pueda ejecutar la eventual sentencia (ii) que frente a la existencia de un daño actual no se puedan detener sus efectos. En la primera circunstancia

---

*decide el juez, quien puede aceptar la ofrecida por el solicitante, graduarla, modificarla, o incluso cambiarla por la que considere pertinente”*

<sup>9</sup> La siguiente distinción fue tomada de la conferencia: “*Medidas cautelares y provisionales, la exigencia de contradicción*” del Doctor Gabriel Valentín. Disponible en línea:

<https://www.youtube.com/watch?v=IH3YdC4ph64>

hablamos de medida cautelar y en la segunda de medida asegurativa o provisional.

- **Medida Cautelar:** Tal y como se dijo, aquí lo que se busca evitar es la inejecución de una sentencia de condena, se pueden interponer en cualquier momento del proceso, incluso de manera previa en cuyo caso no habrá lugar a notificar al demandado ya que si existe un peligro de frustración de una eventual sentencia lo más lógico es evitar poner en sobre aviso a la contraparte (unilateralidad) El juez tendrá en cuenta los presupuestos del buen derecho, el peligro en la demora y la contracautela, atendiendo siempre al riesgo de que cambien las circunstancias. Aquí existe sólo el riesgo o el peligro de la afectación de un derecho, no existe una certeza del mismo, por lo que la finalidad es evitar que dicha afectación se consuma.
- **Medida Provisional o Anticipada:** Aquí no existe la probabilidad de un daño sino una afectación actual ha determinado derecho, por lo que ya no será necesario realizar un procedimiento cautelar unilateral sino que ya podrá notificarse al demandado sin temor a que se trunquen los efectos que produciría una sentencia judicial. La medida provisional sólo opera frente a cuestiones disponibles, es decir, que pueden ser solucionadas mediante sentencia u otro medio (conciliación), cosa que no ocurre con las cuestiones no disponibles, en cuyo caso sólo será la sentencia judicial la que dé por terminada la problemática que se presente, como es el caso de las situaciones relacionadas con el estado civil, sobre esos aspectos **no** opera la medida provisional. Los supuestos que se tienen en cuenta en este tipo de medida son la verosimilitud en el derecho y la existencia de un daño actual que sea grave o irreparable.

Después de estas apreciaciones, resulta pertinente realizar una comparación de estos presupuestos con la definición de medida cautelar que se maneja en nuestro país, para ello se tomó como ejemplo lo expuesto por la Corte Constitucional en sentencia **C-379/04:** *“Para la Corte, las medidas cautelares, son aquellos instrumentos con los cuales el ordenamiento protege, de manera provisional, y mientras dura el proceso, la integridad de un derecho que es controvertido en ese mismo proceso. De esa manera el ordenamiento protege preventivamente a quien acude a las autoridades judiciales a reclamar un derecho, con el fin de garantizar que la decisión adoptada sea materialmente ejecutada. Por ello, esta Corporación señaló, en casos anteriores, que estas medidas buscan asegurar el cumplimiento de la decisión que se adopte, porque los fallos serían ilusorios si la ley no estableciera mecanismos para asegurar sus resultados, impidiendo la destrucción o afectación del derecho controvertido.”*

Como vemos, según el concepto expuesto por la corte constitucional, sólo se hace referencia a las medidas cautelares propiamente dichas y deja de lado las demás medidas cautelares que se mencionaron en la clasificación anterior, por lo que no existe una diferenciación entre estos conceptos y se genera un trato indistinto a medidas que persiguen situaciones distintas, pero si aclara como lo hace en la sentencia **C-284/14** *“medida cautelar implique la adopción de un acto discrecional, el juez no puede sustituir a la autoridad competente, sino limitarse a ordenar su adopción según la Ley (...)”*.

## APROXIMACIONES A LA DEFINICIÓN DEL DEBIDO PROCESO

Dentro de la problemática planteada en esta investigación se hace necesaria la definición de algunos conceptos para el desarrollo de la misma. **EL DEBIDO PROCESO** ha sido definido por La jurisprudencia constitucional en diferentes sentencias, algunas de ellas: T-458/1994 ;C-1643/2000 ; C-379/04; C-980/10; C-371/11; C-610/12 ; *“como el conjunto de garantías previstas en el ordenamiento jurídico, a través de las cuales se busca la protección del individuo inmerso en una actuación judicial o administrativa, para que durante su trámite se respeten sus derechos y se logre la aplicación correcta de la justicia”*<sup>10</sup>, es la Corte Constitucional la que da los lineamientos para la aplicación este principio fundamental para garantizar la correcta y justa aplicación de la ley en el momento en que la órgano jurisdiccional ya conoce la litis motivo de ello, pero como lo hemos planteado en nuestra investigación la efectiva aplicación el Principio del debido proceso en la actuación extraprocesal<sup>11</sup> podría verse vulnerado, ya que este principio va acompañado de unos elementos integradores como lo son el derecho a la defensa; el derecho a un proceso público; el derecho a la independencia del juez y el derecho a la independencia e imparcialidad del juez o funcionario.

Tal y como lo expresa Rafael Ortiz, en su libro *Las Medidas Cautelares Innominadas* “Este temor de daño inminente no es una simple denuncia no una mera afirmación, sino que debe ser serio, probable, inminente y acreditado con hechos objetivo”, para evitar que esto llegase a suceder y como consecuencia pueda existir la extralimitación a la facultad del juez de dictar estas medidas en

---

<sup>10</sup>Sentencia C-248/13

<sup>11</sup>CABANELLAS, Guillermo; diccionario jurídico elemental; Buenos Aires 2005; Editorial Heliasta 1 edición. Pag. 158. Entendiendo como: *“lo que se realiza o trata con carácter jurídico fuera de la vía judicial”*

Colombia, se hace necesario generar mecanismo de defensa para la parte contra quien se genera las medidas.

Es por esto que para el decreto de estas Medidas Cautelares Innominadas aunque son anticipatorias al proceso se da un PROCEDIMENTALISMO<sup>12</sup>, es decir el orden y la formalidad que debe efectuarse; es en definitiva el paso a paso que conforma en su todo al Proceso, es el detalle de cada actuación procesal que debe seguirse en su trámite y cumplirse a cabalidad, pues aquel pormenor que se pase por alto es una violación contundente del Debido Proceso, es así como el procedimentalismo aunque algunos autores lo llaman la segunda etapa del Debido proceso, hemos definido que se encuentra inmerso y es el núcleo que crea el Proceso y en el caso del “Debido” como su misma palabra lo define: es el deber ser, la forma consecutiva y con reglas de llevar un asunto.

Como se he manifestado a lo largo de la investigación se hace necesario encaminar las medidas cautelares al procedimentalismo y con ellas a la aplicación del debido proceso aun así, estas medidas sean anticipatorias para no caer en una nulidad constitucional en su aplicación, ya que su finalidad es la que mediante solicitud de interesado sean protegidos y garantizados los derechos que presuntamente estén en riesgo.

El procedimentalismo es en definitiva el paso a paso que conforma en su todo al Proceso, es el detalle de cada actuación procesal que debe seguirse en su trámite y cumplirse a cabalidad, pues aquel pormenor que se pase por alto es una violación contundente del Debido Proceso, es así como el procedimentalismo aunque algunos autores lo llaman la segunda etapa del Debido proceso, hemos definido que se encuentra inmerso y es el núcleo que crea el Proceso y en el caso del “Debido” como su misma palabra lo define: es el deber ser, la forma consecutiva y con reglas de llevar un asunto.

Esta garantía procesal surge entonces como la herramienta de disminución de aquellos perjuicios causados al accionante, entendiendo el daño como lo explica Ugo Rocco, “el daño, puede por tanto, definirse como la sustracción o disminución de un bien o como la abolición o la restricción de un interés, sea este tutelado por una norma jurídica en la forma de un derecho subjetivo, sea tutelado, en la forma de un simple interés”. El daño generado dentro un proceso puede clasificarse en dos (2)

---

<sup>12</sup><http://www.seminariodefiliosofiadelderecho.com/docencia1/humanos/CONTENIDOS/DDHH/teorias%20eticas%20contempor%C3%A1neas.htm#3>. Dra. Jaqueline Jongitud Zamora. PROCEDIMENTALISMO: “la tarea de declarar los procedimientos legitimadores de las normas, son estos procedimientos racionalmente estructurados los que permiten a los individuos distinguir qué normas son correctas”

**DAÑO TOLERABLE:** Es aquel que está dispuesto a sufrir el demandado, dadas las circunstancias se puede prever frente a la existencia del litigio y un tiempo prudente.

**DAÑO IRREPARABLE:** Lo evidenciamos en las medidas que se determinan como provisionarias o anticipadas que son las que se pretenden implantar en nuestra legislación.

Se debe aclarar que estas medidas PROVISORIAS o ANTICIPADAS, no serán disponibles para situaciones en donde no haya disposición del derecho como por ejemplo en el estado civil, o en los procesos que tengan que ver con el estado civil (divorcios, investigación de la maternidad o paternidad).

En el desarrollo de un proceso se tiene que notificar al demandado la existencia de dicho litigio y es allí en donde aparece la BILATERALIDAD propia del debido proceso constitucional, es por este principio fundamental que se ejecutan los medios de defensa y contradicción del resistente.

En cuanto al debido proceso recuérdese que se ha definido como la regulación jurídica que protege los derechos de los ciudadanos, limitando así las facultades de la administración de justicia, de modo que ninguna de sus actuaciones estén por fuera del contexto legal, sufriendo el usuario judicial las consecuencias de una arbitrariedad o abuso del poder, pero es importante plantear una hipótesis que nos lleve a concluir si el debido proceso prevalece ante el daño actual que sufre el accionante de la justicia; o si el perjuicio que se ocasiona debe ser compensado, en tanto el proceso brinde una decisión final.

Aunque el Artículo 29 de la Constitución Política consagre el principio de legalidad trayendo a colación una serie de parámetros legislativos como: la obligatoriedad de una ley existente o de lo contrario nadie será juzgado, se debe tener en cuenta que el decreto de una medida cautelar no es una decisión final, por tanto no constituye un juzgamiento.

Como fundamento del debido proceso se hace necesario establecer el término frente a la actuación, se podría inferir que el tiempo de duración de una medida cautelar en el sistema colombiano se agotaría al momento de emitir la sentencia que ponga fin a dicho medida, y/o se controvierta la pretensión, por parte del demandado, de tal manera que permita levantar la medida cautelar.

En el Código general del Proceso en el art. 590. Parágrafo 2º establece que se levantarán las medidas cautelares si el demandante no promueve la ejecución dentro de los próximos 30 días, y para lo cual los requisitos para decretarla son: apariencia de un buen derecho y necesidad de quien la solicita.



## DEFINICIÓN Y PARTE DE LA APLICACIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES INNOMINADAS EN LA LEGISLACIÓN DE ESPAÑA, ARGENTINA Y URUGUAY.

Teniendo en cuenta los conceptos expuestos anteriormente, es momento de hacer una breve referencia a la definición y parte de la aplicación de las medidas cautelares innominadas en la legislación de España, Argentina y Uruguay con la finalidad de evidenciar cómo se ha abordado el tema en dichos países para luego comparar su contenido normativo con el nuestro en lo referente a las medidas cautelares innominadas. Dicho esto, es necesario abordar el tema desde la perspectiva del derecho Colombiano, con miras a que el ejercicio de comparación resulte ilustrativo.

Con anterioridad a la expedición del código general del proceso en la legislación Colombiana no estaban contempladas las medidas cautelares innominadas ya que el código de procedimiento civil establecía la inscripción de la demanda, el embargo y el secuestro como algunas de las medidas cautelares aplicables. Ya con el surgimiento de código general del proceso se abrió la posibilidad para que, a petición de parte, el juez decrete las medidas cautelares que considere necesarias para evitar un perjuicio irremediable o el peligro del no cumplimiento de una posterior sentencia, así dichas medidas no se encuentren expresamente contempladas en la ley, tal y como se advierte en el literal c del artículo 590 del código general del proceso.<sup>13</sup>

---

<sup>13</sup> c) Cualquiera otra medida que el juez encuentre razonable para la protección del derecho objeto del litigio, impedir su infracción o evitar las consecuencias derivadas de la misma, prevenir daños, hacer cesar los que se hubieren causado o asegurar la efectividad de la pretensión. Para decretar la medida cautelar el juez apreciará la legitimación o interés para actuar de las partes y la existencia de la amenaza o la vulneración del derecho. Así mismo, el juez tendrá en cuenta la apariencia de buen derecho, como también la necesidad, efectividad y proporcionalidad de la medida y, si lo estimare procedente, podrá decretar una menos gravosa o diferente de la solicitada. El juez establecerá su alcance, determinará su duración y podrá disponer de oficio o a petición de parte la modificación, sustitución o cese de la medida cautelar adoptada.

Cuando se trate de medidas cautelares relacionadas con pretensiones pecuniarias, el demandado podrá impedir su práctica o solicitar su levantamiento o modificación mediante la prestación de una caución para garantizar el cumplimiento de la eventual sentencia favorable al demandante o la indemnización de los perjuicios por la imposibilidad de cumplirla. No podrá prestarse caución cuando las medidas cautelares no estén relacionadas con pretensiones económicas o procuren anticipar materialmente el fallo.

2. Para que sea decretada cualquiera de las anteriores medidas cautelares, el demandante deberá prestar caución equivalente al veinte por ciento (20%) del valor de las pretensiones estimadas en la demanda, para responder por las costas y perjuicios derivados de su práctica. Sin embargo, el juez, de oficio o a petición de parte, podrá aumentar o disminuir el monto de la caución cuando lo considere razonable, o fijar uno superior al momento de decretar la medida. No será necesario prestar caución para la práctica de embargos y secuestros después de la sentencia favorable de primera instancia.



Es importante que se tenga en cuenta la caución a la que hace referencia el artículo citado en el acápite anterior ya que después se volverá sobre este punto, al igual que en lo referente a las facultades que se le dan al juez para decretar las medidas cautelares innominadas. Por ahora no se ahondará más en el tema ya que la finalidad de este apartado es realizar una comparación del texto normativo que contiene las medidas cautelares innominadas en nuestra legislación con el de otros países. Sin embargo si es importante hacer una claridad y es que el código general del proceso trata indistintamente los conceptos de medida cautelar y medida provisional o anticipada, esto se deriva de la lectura de la norma, ya que la finalidad de la medida será *“prevenir daños, hacer cesar los que se hubieren causado o asegurar la efectividad de la pretensión”*.

De las palabras *“prevenir daños”* contenida en la disposición citada anteriormente se deriva el concepto de medida cautelar que ante todo busca precisamente prevenir determinadas consecuencias teniendo en cuenta un peligro que se encuentra latente, mientras que las palabras *“hacer cesar los que se hubieren causado”* se refiere a una afectación, a un daño que es actual y no probable, lo que constituye una medida provisional o anticipada.

## ESPAÑA

Dejando a un lado lo anterior e iniciando con el análisis del caso en concreto en otros países, se pondrá como primer ejemplo la legislación de **España**. Allí las medidas cautelares innominadas estaban contempladas en el artículo 1428<sup>14</sup> de la ley de enjuiciamiento civil (Real decreto del 3 de Febrero de 1881, vigente hasta el 8 de Enero del 2001). De la norma anteriormente descrita se derivan varias cosas: La primera de ellas en lo referente a la carga en cabeza del demandante de

---

<sup>14</sup>ARTICULO 1428: Cuando se presente en juicio un principio de prueba por escrito del que aparezca con claridad una obligación de hacer o no hacer, o de entregar cosas determinadas o específicas, el Juez podrá adoptar, a instancia del demandante y bajo la responsabilidad de éste, las medidas que, según las circunstancias, sean necesarias para asegurar la efectividad de la sentencia que en el juicio recayere. El solicitante de dichas medidas deberá prestar fianza previa y bastante, a excepción de la personal, para responder de la indemnización por los daños y perjuicios que pudiese causar. Estas medidas, además de en la demanda, se podrán solicitar antes o después de entablarse la misma. De solicitarse antes, habrá de interponerse la demanda dentro de los ocho días siguientes a su concesión. Será Juez competente el que lo sea para conocer de la demanda principal, y para su tramitación se formará pieza separada. El demandado podrá oponerse a las medidas solicitadas o pedir que se alcen las acordadas, bien por estimar que no son procedentes o porque se comprometa a indemnizar los daños y perjuicios que puedan ocasionarse al actor y ofrezca fianza o aval bancario suficientes para responder de los mismos. Formuladas estas pretensiones, el Juez citará a las partes a una comparecencia, en la cual oír a las que concurran, admitirá las pruebas que sean pertinentes y, dentro de los tres días siguientes, resolverá lo que proceda por medio de auto que será apelable en un solo efecto. El mismo procedimiento se seguirá para resolver los incidentes que puedan suscitarse con respecto a las medidas acordadas. La fianza a que se refieren los apartados anteriores podrá ser de cualquiera de las clases admitidas en derecho, excepto la personal.

prestar una fianza previa con la finalidad de garantizar el pago de los daños y perjuicios que llegase a ocasionar al demandado. Por otra parte tenemos que este último (demandado) podía oponerse a la medida impuesta por el juez siempre que también prestara fianza para que en el mismo sentido garantizará el pago tanto de daños como de perjuicios al actor. Finalmente la norma aclaraba que la medida cautelar innominada podía ser presentada con anterioridad a la demanda (extraprocesal) toda vez que se presentara la demanda dentro de los 8 días siguientes a la concesión de las medidas.

Sin embargo, la falta de precisión en el artículo 1428 generó una suerte de desconfianza e inseguridad en el juez ya que no se tenía claro el campo de acción tanto de éste como de las medidas, es por eso que en el año 2000 surge una nueva ley de enjuiciamiento civil (Ley 1/2000, del 7 de enero, vigente hasta el 22 de julio del 2014) que, entre otras cosas, especificó la existencia de dos tipos de medidas cautelares, las nominadas (establecidas en el artículo 727) y las innominadas (artículo 726):

**Artículo 726:**<sup>15</sup>a partir de donde se establecen los parámetros dentro de los cuales debía presentarse la medida cautelar innominada y así crear seguridad jurídica. Posteriormente, en el artículo 728 se hace referencia a la caución obligatoria en cabeza del sujeto procesal que pida las medidas cautelares:

**Artículo 728 Peligro por la mora procesal. Apariencia de buen derecho. Caución:**<sup>16</sup>La intención de la norma es otorgarle al demandado una garantía en caso de que se le llegaren a ocasionar perjuicios con la

---

<sup>15</sup> *ARTÍCULO 726: El tribunal podrá acordar como medida cautelar, respecto de los bienes y derechos del demandado, cualquier actuación, directa o indirecta, que reúna las siguientes características: 1.ª Ser exclusivamente conducente a hacer posible la efectividad de la tutela judicial que pudiese otorgarse en una eventual sentencia estimatoria, de modo que no pueda verse impedida o dificultada por situaciones producidas durante la pendency del proceso correspondiente. 2.ª No ser susceptible de sustitución por otra medida igualmente eficaz, a los efectos del apartado precedente, pero menos gravosa o perjudicial para el demandado. 2. Con el carácter temporal, provisional, condicionado y susceptible de modificación y alzamiento previsto en esta Ley para las medidas cautelares, el tribunal podrá acordar como tales las que consistan en órdenes y prohibiciones de contenido similar a lo que se pretenda en el proceso, sin prejuzgar la sentencia que en definitiva se dicte.*

<sup>16</sup> *ARTÍCULO 728: Salvo que expresamente se disponga otra cosa, el solicitante de la medida cautelar deberá prestar caución suficiente para responder, de manera rápida y efectiva, de los daños y perjuicios que la adopción de la medida cautelar pudiera causar al patrimonio del demandado. El tribunal determinará la caución atendiendo a la naturaleza y contenido de la pretensión y a la valoración que realice, según el apartado anterior, sobre el fundamento de la solicitud de la medida. La caución a que se refiere el párrafo anterior podrá otorgarse en cualquiera de las formas previstas en el párrafo segundo del apartado 3 del artículo 529. En los procedimientos en los que se ejercite una acción de cesación en defensa de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores y usuarios, el Tribunal podrá dispensar al solicitante de la medida cautelar del deber de prestar caución, atendidas las circunstancias del caso, así como la entidad económica y la repercusión social de los distintos intereses afectados.*

imposición de la medida cautelar innominada. Recordemos que en el literal c del artículo 590 del código general del proceso se hace referencia a la caución que debe presentar cualquiera de las partes para garantizar el paño de perjuicios que se le puedan causar a la contraparte, sin embargo, resulta curioso el hecho de que la norma establezca el monto de la caución que debe prestar el demandante pero no haga referencia al coste de la caución en cabeza del demandado ya que finalmente no son claros los parámetros bajo los cuales el juez decide la imposición de dicha caución.

Continuando con el caso Español respecto de las medidas cautelares innominadas la ley mantuvo lo preceptuado por el artículo 1428 de la anterior ley de enjuiciamiento civil, sin embargo introdujo ciertas modificaciones:

### **Artículo 730 Momentos para solicitar las medidas cautelares<sup>17</sup>**

Cabe anotar que aunque se da la posibilidad en la legislación española de pedir las medidas cautelares antes de iniciar el proceso, también es cierto que se le exige al sujeto que interpone la medida presentar la respectiva demanda dentro de los veinte días siguientes so pena de que las medidas decretadas queden sin efectos. Ahora bien, a pesar de que no exista una audiencia previa en donde concurra el demandado, la ley le da la oportunidad de oponerse a esas medidas prestando la figura de la caución o de la fianza como se contemplaba en la anterior LEC:

### **Artículo 739 Oposición a la medida cautelar**

*En los casos en que la medida cautelar se hubiera adoptado sin previa audiencia del demandado, podrá éste formular oposición en el plazo de veinte días, contados desde la notificación del auto que acuerda las medidas cautelares.*

### **Artículo 740 Causas de oposición. Ofrecimiento de caución sustitutoria**

---

<sup>17</sup>ARTÍCULO 730: Podrán también solicitarse medidas cautelares antes de la demanda si quien en ese momento las pide alega y acredita razones de urgencia o necesidad.

*En este caso, las medidas que se hubieran acordado quedarán sin efecto si la demanda no se presentare ante el mismo Tribunal que conoció de la solicitud de aquéllas en los veinte días siguientes a su adopción. El Secretario judicial, de oficio, acordará mediante decreto que se alcen o revoquen los actos de cumplimiento que hubieran sido realizados, condenará al solicitante en las costas y declarará que es responsable de los daños y perjuicios que haya producido al sujeto respecto del cual se adoptaron las medidas. (Líneas fuera de texto)*

*El que formule oposición a la medida cautelar podrá esgrimir como causas de aquélla cuantos hechos y razones se opongan a la procedencia, requisitos, alcance, tipo y demás circunstancias de la medida o medidas efectivamente acordadas, sin limitación alguna.*

*También podrá ofrecer caución sustitutoria, con arreglo a lo dispuesto en el capítulo V de este título.*

La caución sustitutoria de la que habla el artículo no opera de manera automática sino que solamente será efectiva a petición de parte y bajo el entendido del artículo 746 de la LEC.

Ahora, respecto de la concurrencia del demandado el artículo 733<sup>18</sup> de la LEC implica que en la legislación española la medida cautelar se decreta, por regla general, con previa audiencia del demandado y será sólo en casos excepcionales y por petición del solicitante que se otorgará la medida sin oír al demandado. Para algunos esta situación es altamente garantista del elemento de bilateralidad en los procedimientos, sin embargo y teniendo en cuenta las distinciones previas, es evidente que esta legislación desconoce la diferencia entre medida cautelar (en donde por regla general prevalece la unilateralidad) y medida provisional o anticipatoria (bilateralidad).

## **ARGENTINA**

El siguiente ejemplo es el caso de **Argentina**, allí a las medidas cautelares innominadas se les conoce como “Medidas cautelares genéricas” y se encuentran establecidas en el artículo 232<sup>19</sup> del código de procedimiento civil y comercial de la Nación (Ley 17454 de 1981).

---

<sup>18</sup>**ARTÍCULO 733 AUDIENCIA AL DEMANDADO. EXCEPCIONES** 1. Como regla general, el tribunal proveerá a la petición de medidas cautelares previa audiencia del demandado. 2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, cuando el solicitante así lo pida y acredite que concurren razones de urgencia o que la audiencia previa puede comprometer el buen fin de la medida cautelar, el tribunal podrá acordarla sin más trámites mediante auto, en el plazo de cinco días, en el que razonará por separado sobre la concurrencia de los requisitos de la medida cautelar y las razones que han aconsejado acordarla sin oír al demandado. Contra el auto que acuerde medidas cautelares sin previa audiencia del demandado no cabrá recurso alguno y se estará a lo dispuesto en el capítulo III de este título. El auto será notificado a las partes sin dilación y, de no ser posible antes, inmediatamente después de la ejecución de las medidas.

<sup>19</sup>**ARTÍCULO 232: MEDIDAS CAUTELARES GENERICAS.** Fuera de los casos previstos en los artículos precedentes, quien tuviere fundado motivo para temer que durante el tiempo anterior al reconocimiento judicial de su derecho, éste pudiese sufrir un perjuicio inminente o irreparable podrá solicitar las medidas urgentes que, según las circunstancias, fueren más aptas para asegurar provisionalmente el cumplimiento de la sentencia.

Adicionalmente, se les aplicarán los mismos supuestos que a las medidas cautelares reguladas taxativamente en la norma: verosimilitud del derecho, peligro en la demora y prestación de contracautela (es la misma fianza o caución en el derecho Español)

A pesar de estas disposiciones existen códigos de provincias argentinas que no contemplan las medidas cautelares innominadas o genéricas, como es el caso de Santa Fe. Sin embargo existen situaciones en las que el juez de esta provincia acepta y aplica la medida lo que ocasiona una grave inseguridad jurídica. Otros códigos como el de Buenos Aires y Tucuman si contemplan las medidas cautelares innominadas pero básicamente hacen una transcripción de lo contenido en el artículo 232 del CPCCN.

Al igual que en la legislación Española, en Argentina también existe la posibilidad de pedir las medidas cautelares incluso antes de iniciado el proceso, sin embargo le da otras herramientas de defensa a la parte afectada con la contemplación no sólo de la reposición frente al acto que decreta las medidas sino el de apelación que operará de manera subsidiaria o directa (artículo 198 del CPCCN) además de establecerse la demanda incidental como otra herramienta que tiene el demandado para oponerse a las medidas y presentar pruebas, ya que al interponer los recursos de reposición o apelación no tendrá oportunidad para hacer llegar sus pruebas.

Según el autor argentino Adolfo Alvarado Velloso<sup>20</sup>, una de las problemáticas más evidentes en la realidad jurídica de Argentina en lo que tiene que ver con las medidas cautelares innominadas se resume en la siguiente pregunta: ¿La verdadera razón por la que, en algunos casos, no se le da aviso al demandado sobre el decreto de una medida cautelar innominada es la necesidad de proteger un derecho ó la facultad que tiene el juez actuar de ese modo, no por necesidad sino porque así se lo permite la norma?.

---

<sup>20</sup>ALVARADO VELLOSO, Adolfo, *El procedimiento cautelar y la solución urgente y anticipada de una pretensión*. Disponible en línea: <https://letrujil.files.wordpress.com/2013/09/35adolfo-alvarado-velloso.pdf>.  
“los jueces autorizan habitualmente la producción unilateral de muchos medios de confirmación so pretexto de que así lo permiten las leyes inquisitoriales, cuando las circunstancias del caso revelan con sencillez y prontitud que no hay peligro alguno en demorar la realización de una prueba durante el tiempo necesario para hacer las notificaciones del caso y, más aún, cuando es imposible revertir anticipadamente el resultado que se procura”

## URUGUAY

En este país se le conoce a la medida cautelar innominada como poder cautelar genérico y no fue una situación que surgiera de la noche a la mañana, sino que fue el resultado del transcurso del tiempo y de los cambios en la normatividad.

Uno de los primeros antecedentes sobre el poder cautelar en este país lo encontramos en Código de procedimiento civil de 1878 en donde se consagraba que el juez contaba con un poder genérico para garantizar una real defensa de los derechos:

***“Artículo 197 del CPC: Toda providencia que tenga por objeto garantizar el resultado del juicio, ordenando embargo, interdicción o cualquier otra medida análoga, se cumplirá inmediatamente de haber sido dictada, sin notificarse a la parte a quien perjudica, hasta después de su cumplimiento.”***

Sin embargo, debido a la cultura legal de Uruguay, tuvieron que pasar 87 años de aprendizaje y preparación del sistema judicial para que en efecto el poder cautelar pudiera aplicarse de manera adecuada. No hay que dejar de lado la influencia de la jurisprudencia nacional a la hora de perfilar la potestad cautelar genérica al hacer evidentes tres aspectos fundamentales: Criterio amplio de interpretación de la ley, naturaleza y finalidad de las cautelas y las garantías de las que debe gozar el sujeto procesal afectado por las medidas.

Otro antecedente de la medida cautelar innominada en Uruguay se encuentra en la ley de abreviación de los juicios de 17 de Agosto de 1965 en el artículo 62.<sup>21</sup> Con esto vemos que el poder cautelar genérico se vuelve más amplio, pero la ley de abreviación de los juicios introduce la analogía como elemento importante para que dicho poder genérico se lleve a cabo adecuadamente. La mencionada analogía se hará tanto con las medidas expresas en la ley como con las medidas cautelares innominadas que hayan sido decretadas con anterioridad.

Ahora, es momento de hablar del precedente normativo más reciente en Uruguay en lo concerniente a las medidas cautelares innominadas. “El poder cautelar

---

<sup>21</sup> “**ARTÍCULO 62:** Sin perjuicio de lo dispuesto en el Título VIII, Parte Segunda, del Código de Procedimiento Civil, los Jueces podrán decretar, a petición de parte, las medidas cautelares que estimen indispensables para la protección de un derecho y siempre que exista peligro de lesión o frustración del mismo. La existencia del derecho y el peligro de su lesión o frustración se justificarán sumariamente. El Juez fijará la extensión de la medida y exigirá la previa prestación de garantía real o personal, salvo que exista motivo fundado para eximir de ella al peticionante. La resolución que recaiga será apelable en relación y con solo efecto devolutivo cuando hiciera lugar a la medida solicitada.”



genérico emerge del juego de los arts. 312, 316 y 137 CGP. Puede categorizarse como la competencia que posee cualquier órgano con función jurisdiccional para decretar, de oficio o a petición de parte, en cualquier tipo de proceso, en cualquier estado de la causa, cualquier tipo de medida idónea que tienda a la protección de determinados derechos, amenazados, puestos en peligro, dada la natural duración de los procesos, para establecer su contenido, su alcance y duración, así como la modificación, sustitución o cese de aquella”<sup>22</sup> Es evidente la amplia potestad conferida nuevamente a los jueces para decretar la medida cautelar innominada (determinar su alcance, contenido y duración) Pero hay algo que siempre ha tenido en cuenta la normatividad Uruguaya y es la protección y las garantías frente al sujeto pasivo de las medidas, ya que para ellos la cuestión radica en un equilibrio entre la protección de los derechos de quien pide las medidas y las garantías que se le deben brindar al afectado por las mismas, cosa que en la mayoría de los casos no sucede en nuestra legislación.

Siguiendo la ruta trazada por la Doctora Selva Anabella Klett Fernández en su texto *Las medidas cautelares innominadas en el Código General del Proceso de la República Oriental del Uruguay*, se mencionarán los aspectos más relevantes de las medidas cautelares teniendo en cuenta lo preceptuado en el CGP Uruguayo:

### 1. Órganos que pueden adoptar las medidas:

**Artículo 311.**<sup>23</sup> Todos los órganos con facultades jurisdiccionales pueden decretar las medidas cautelares exceptuando a los árbitros.

2. **Facultad de disponer medidas cautelares de oficio:** Esta facultad nació en Uruguay como un mecanismo para la protección de los derechos de las mujeres, los niños y adolescentes, además de las personas en situación de incapacidad. En el numeral 3 del artículo 311<sup>24</sup> del CGP se dispone que las medidas serán decretadas de oficio salvo disposiciones legales. Pero en todo momento, como ya se mencionó en líneas anteriores, garantizando los derechos del demandado.

---

<sup>22</sup>KLETT, FERNÁNDEZ, Selva Anabella, *Las medidas cautelares innominadas en el Código General del Proceso de la República Oriental del Uruguay*, Disponible en: <https://letrujil.files.wordpress.com/2013/09/40selva-anabella-klett-f.pdf>

<sup>23</sup>**ARTÍCULO 311.311.1** Las medidas cautelares podrán adoptarse en cualquier proceso, tanto contencioso como voluntario. **311.2** Se adoptarán en cualquier estado de la causa e incluso como diligencia preliminar de la misma. En este caso, las medidas cautelares caducarán de pleno derecho si no se presentare la demanda dentro de los treinta días de cumplidas, condenándose al peticionario al pago de todos los gastos del proceso y de los daños y perjuicios causados.”

<sup>24</sup>**ARTÍCULO 311.3** Las medidas cautelares se decretarán siempre a petición de parte, salvo que la ley autorice a disponerlas de oficio y se adoptarán, además, con la responsabilidad de quien las solicite.

3. **Cuáles medidas se pueden aplicar:** en el Artículo 316<sup>25</sup> se establece la aplicabilidad de la medida. En definitiva, la disposición reafirma la potestad de disponer las medidas innominadas idóneas, aunque diversas normas hayan consagrado o enumerado algunas de ellas, que podrán servir como referencias para ubicar la que resulta adecuada al caso en examen” La anterior afirmación es de gran relevancia para nuestra investigación ya que nos muestra cómo, en el sistema Uruguayo, se establecen las medidas cautelares innominadas pero además se enuncian algunos ejemplos de ellas en la norma para ayudar al juez a determinar cuáles pueden ser algunos de los eventos o escenarios aplicables.

4. **Límites a las medidas cautelares innominadas:**<sup>26</sup> Uno de los ejemplos de estas limitaciones se encuentra en la facultad que tienen los órganos de alzada para revisar si los supuestos necesarios para la procedencia de las medidas cautelares innominadas se cumplieron y de no ser así podrán revocar la decisión que dio lugar a ellas.

5. **Daños y perjuicios:** Aquel que solicite la medida cautelar innominada deberá prestar cautela bastante y suficiente para garantizar los derechos de la persona que pueda verse afectada por su aplicación, quien en todo caso será el titular de una acción por los daños y perjuicios que haya recibido en razón de la medida aplicada.

---

<sup>25</sup> **ARTÍCULO 316.1** El tribunal podrá disponer las medidas que estime indispensables, entre otras, la prohibición de innovar, la anotación preventiva de la litis, los embargos o secuestros, la designación de veedor o auditor, la de interventor o cualquiera otra idónea para el cumplimiento de la finalidad cautelar”

<sup>26</sup> Ibidem, “La potestad cautelar genérica no es ilimitada, sino que se ve acotada por un conjunto de principios, constitucionales y procesales, ya generales, ya especiales, relativos al proceso, al concepto de jurisdicción y de los principios que la definen.” Pg. 34



## CRÍTICA A LAS MEDIDAS CAUTELARES INNOMINADAS

Es momento para hacer referencia a las problemáticas que trae consigo la implementación de las medidas cautelares innominadas en nuestro país, tal y como se enunció en la introducción de este trabajo. La crítica<sup>27</sup> a las medidas se hará teniendo en cuenta varios ejes o aspectos que se analizarán de manera separada para posibilitar un mejor entendimiento de cada uno de ellos:

- **FENÓMENO DE RECEPCIÓN**<sup>28</sup>

Colombia es un Estado con una tradición jurídica determinada, ubicada en el Civil Law, dado que nuestra legislación es completamente escrita; por lo que la implementación de las medidas cautelares innominadas representa un gran reto para la cultura jurídica colombiana.

Como lo plantea Jonathan Miller en su teoría de *Los Fenómenos De La Recepción Jurídica*, se generan trasplantes legales dentro de los Estados que deciden implementar diferente normatividad a su ordenamiento jurídico, dicha teoría la divide en cuatro (4) tipos.

**1. TRASPLANTE PARA AHORRAR COSTOS:** Esta recepción está dirigida a disminuir el tiempo haciendo lo que otro país ya ha desarrollado y así evitar la necesidad de destinar recursos desarrollando soluciones autóctonas.

**2. TRASPLANTE IMPUESTO EXTERNAMENTE:** (se evidencia principalmente en países en vía de desarrollo) los receptores de la normatividad jurídica trasplantada están motivados por diferentes presiones extranjeras y con ellas futuras oportunidades que llegasen a generarse por la adopción del modelo normativo.

**3. TRASPLANTE COMO VEHÍCULO PARA LA INVERSIÓN PERSONAL:** La aplicación de este modelo ofrece beneficios concretos políticos o económicos por

---

27 Cuando se habla de crítica no se hace referencia al uso común del concepto, sino a un ejercicio reflexionado en el que se evidencian determinadas problemáticas pero que a su vez se proponen alternativas de solución, como ya se verá más adelante.

28 KLETT, FERNÁNDEZ, *Op cit*, “Las normas legales, por su contenido, son generales y abstractas y no pueden dejar de serlo. Pero, la realidad es concreta y particular y, por tanto, de un contenido mucho más rico y complejo que las normas que busca aprehenderla y ordenarla. Quizás el factor fundamental que da lugar al desajuste entre norma y realidad estriba en que la realidad social, es, por esencia, dinámica, está sometida a proceso de cambio y transformación en todos sus órdenes”Pg. 11

ello, los individuos que actúan en esta implementación actúan generalmente por motivos pecuniarios.

**4. TRANSPLANTE COMO GENERADOR DE LEGITIMIDAD:** (talismán extranjero) Es en este modelo donde se adoptan sin debate sobre el contenido específico, siendo así aceptado por personas con intereses políticos diversos, pero existiendo la voluntad de renunciar una futura autonomía a favor del modelo, en este trasplante se espera que produzca buenos resultados. Dada su aprobación es aceptable la interpretación del modelo por instituciones extranjeras.

Con el análisis realizado anteriormente a la teoría propuesta por Jonathan Miller ubicamos las Medidas Cautelares Innominadas como un Transplante Jurídico Generador De Legitimidad, puesto que pasamos de un sistema Civil Law a un Common Law, en donde prácticamente no se cuestionan los elementos implantados y se trasplantan, en la mayoría de los casos, sin un estudio de fondo previo que evidencie las verdaderas necesidades del sistema jurídico local.

La relación que existe entre una sociedad y la norma establecida debe emanar, originarse y/o crearse de manera pura, es decir debe surgir de las necesidades propias de una sociedad determinada; no basta con implementar un esquema que funciona muy bien en una cultura jurídica diferente, la cual puede parecer un éxito si se incorpora en el ordenamiento judicial propio, pero ¿cómo pasar desapercibida la importancia que tiene el tradicionalismo judicial y la diversidad cultural de un país, al momento de crear una norma? Si es esto lo que debe impulsar el motivo y la finalidad de legislar.

Se considera que la pauta para dar inicio a la reglamentación debe surgir del resultado de una investigación que identifique los problemas y posibles soluciones, donde se consulte una realidad social y se tengan en cuenta a los sectores específicos; buscar que la norma se adapte a la realidad y contexto actual y no que la sociedad se adapte al nuevo “experimento”, generando esto una resistencia al derecho imitado.

#### • LAS ALTAS FACULTADES OTORGADAS AL JUEZ

En un país con una cultura altamente legalista como el nuestro es sumamente arriesgado implementar una norma que no cuente con una reglamentación adecuada. Con esto no se quiere decir que el sistema legal deba permanecer pétreo sin modificación alguna (ya que esto sería un sinsentido) por el contrario, los cambios son necesarios para adecuar la normatividad a las prácticas actuales, lo que se requiere es una debida planificación y un estudio a fondo de las verdaderas necesidades del país para preparar al juez y sobre todo ayudarlo a que paulatinamente se adecue a la nueva normatividad, cosa que no sucede con

las disposiciones del CGP en lo referente a las medidas cautelares innominadas ya que al establecer que será el juez quien decida sobre las mencionadas medidas, sus alcances y su duración se le están dando facultades para las cuales muy posiblemente no se encuentre preparado, constituyendo así “una inadmisibles y peligrosísima discrecionalidad judicial, toda vez que una actuación de este tipo se realiza a base de pautas puramente subjetivas y, como tales, difíciles o imposibles de controlar”<sup>29</sup>

Ahora bien, otro elemento que se debe tener en cuenta es que, antes de ser un operador de justicia, el juez es un ser humano y por lo tanto está llamado a cometer errores. Debido a esto necesita de ciertas herramientas que le permitan una adecuada administración de justicia en razón a que no puede tomar todas las decisiones él solo. En palabras de Adolfo Alvarado Velloso: “un verdadero sistema no puede depender en modo alguno de la pura subjetividad del juez actuante, por buena, noble, decente, estudiosa y dedicada que sea su persona”<sup>30</sup>. En este caso “es el juez quien termina diciendo cuál es la cautela adecuada al caso y la que finalmente se practica. (...) lo cual convierte a esta actuación en una auténtica “caja de pandora”, que se abrirá a iniciativa del peticionario, pero cuyo “mal” que de allí salga será el resultado de la libre determinación del funcionario”<sup>31</sup>.

Por último hay que mencionar que todas las decisiones que tome un juez deben estar ajustadas al principio de la imparcialidad. Si bien es cierto que la imparcialidad puede terminar siendo un ideal que no se ve cumplido en su totalidad debido a todos los factores que influyen en un proceso, existen varias pautas que deben ser cumplidas por los jueces y así tratar de que sus fallos estén dotados de la mayor objetividad posible. Una de esas pautas es la igualdad entre las partes, por lo tanto, cuando un juez se enfrenta ante una situación jurídica en donde la desigualdad de las partes es manifiesta y va más allá de la permitida por el ordenamiento, le será muy difícil adoptar una decisión objetiva respecto del asunto.

## • AFECTACIÓN AL DEBIDO PROCESO

Las medidas cautelares innominadas presentan una falta de reglamentación dentro del Código General del Proceso dado que no se encuentran establecidos sus alcances y posibles consecuencias, el demandado/afectado no tendrá herramientas adecuadas que le permitan hacerle frente a la medida que se le decreta, no sabe a qué se está enfrentando por lo que su derecho de defensa se verá perjudicado. Así mismo lo que conseguirán estas medidas es proteger un

---

<sup>29</sup>ALVARADO VELLOSO, Op Cit. Pg.29

<sup>30</sup> Ibidem, pg 17

<sup>31</sup> Ibidem, pg 54

derecho incierto del demandante para afectar uno cierto del demandado (debido proceso).

Como es sabido, en un Estado social de derecho se debe establecer, por decirlo de algún modo, cuál principio o derecho constitucional se aplicará con prevalencia frente a los demás y es claro que en nuestra constitución el derecho al debido proceso tiene un rango superior frente a otros derechos, que eventualmente puede ser discutidos en un procedimiento cautelar, como el de propiedad.

- **TEMPORALIDAD**

Al establecer la norma que será el juez quien decida sobre la duración de las medidas cautelares innominadas que sean decretadas, no se determina un tiempo límite para la duración de las mismas, en ese caso será el juicio de cada juez quien establezca cuánto tiempo deben subsistir. Imaginemos dos situaciones que involucren a personas que en esencia son diferentes pero que cuentan con los mismos supuestos fácticos, cada uno de los interesados acude a un juez diferente pidiendo la aplicación de una medida cautelar innominada. Ahora bien, ya que la norma deja a la libre determinación del juez los alcances y la duración de la medida, lo más probable es que cada juez falle de manera diferente ya que cada uno de ellos tendrá criterios jurídicos distintos. Con esto resulta evidente que en la práctica se le puede dar un trato diferenciado a dos escenarios que en principio son idénticos, cosa que generaría una grave inseguridad jurídica como ya se ha planteado en líneas anteriores.

- **INEXISTENCIA DE UNA DIFERENCIACIÓN ENTRE MEDIDA CAUTELAR Y MEDIDA ANTICIPATORIA**

Tal y como se enunció con anterioridad, el CGP no hace una diferenciación entre ambos conceptos y los trata indistintamente dándole efectos iguales cuando se trata de dos procedimientos<sup>32</sup> distintos. “Cuando esto se hizo, el legislador no advirtió que *nada cautelaba* sino que, bien por lo contrario, *anticipaba el contenido de una sentencia* declarativa o de condena que, además, en algunos casos no llega a dictarse jamás. Pero la denominación de *medidas precautorias o cautelares* otorgada a estos anticipos de sentencia, hizo que se les aplicaran sin más y directamente, las condiciones propias del embargo preventivo (medida cautelar primaria y por excelencia)”<sup>33</sup>

---

<sup>32</sup>Hablamos de procedimiento y no de proceso ya que este último implica una bilateralidad, que no se ve presente en la medida cautelar ya que ésta se realizará sin previa audiencia del demandado

<sup>33</sup> ALVARADO VELLOSO, Op Cit. Pg.29

En la práctica, el problema de esta situación es que una vez se obtenga la medida cautelar sus efectos pueden ser los mismo a los de una medida anticipatoria en virtud a la disposición legal, por ejemplo, supongamos que llega antes un juez una persona solicitando lo que en esencia es una medida provisional pero como la ley no las distingue se le da el trato de medida cautelar, por lo que no se le da previo aviso al demandado surtiendo un procedimiento unilateral. Como ya se manifestó en líneas anteriores una de las características de las medidas provisionales o anticipatorias es la bilateralidad en razón a que no existe necesidad de ocultar tal situación al demandado, pero según el ejemplo, pueden existir eventos en los que se decreta una medida sin previa audiencia del demandado cuando en realidad no existe ningún impedimento en razón de las circunstancias mismas que obligue a no dar aviso al demandado.

En legislaciones como la Uruguay si existe una diferenciación entre ambos tipos de medidas y se establecen cuáles serán los efectos de cada una de ellas, lo que facilita la labor del juez a la hora de enfrentarse a una u otra medida.

## **PARTE PROPOSITIVA**

Después del anterior análisis conceptual, es el momento para exponer nuestra propuesta sobre la investigación.

### **REFORMA NORMATIVA**

Teniendo en cuenta el examen que se realizó del fenómeno de la recepción resulta evidente que la cultura jurídica en nuestro país es altamente legalista por lo que la mayoría de los jueces necesita de una ayuda normativa a la hora de tomar decisiones en su práctica profesional. Un ejemplo de ello se comprobó en la entrevista que le hicimos a la Doctora Eddy Amparo Valbuena R, Jueza 21 de Familia<sup>34</sup>, quien al preguntarle sobre las medidas cautelares innominadas y las medidas provisionales o anticipadas, insistió en que le diéramos el número del artículo en donde se encontraban sustentadas, todo esto obedeciendo, como ya se dijo, a la cultura del Civil Law, en donde las decisiones judiciales están sustentadas en el contenido normativo. Se reitera que con estas afirmaciones no se quiere decir que nuestra legislación deba permanecer inmodificable, por el contrario, las reformas al ordenamiento son de gran importancia.

Lo que se quiere decir es que, precisamente en razón a nuestra actual cultura jurídica acostumbrada a encontrar un sustento normativo para la mayoría de las situaciones, se debe realizar un tránsito paulatino que le permita al juez adecuarse a los nuevos mecanismos que se quieren implementar y no realizar la mencionada implementación de un día para otro dejando de lado la realidad jurídica del país.

Es por esto que nuestra primera propuesta va encaminada a que se efectúe una reforma normativa que esté encaminada a suplir todas las falencias que hemos expuesto a lo largo de este trabajo: la afectación al debido proceso, la falta de distinción entre medida cautelar la clasificación de las mismas y la intención teórica, la inseguridad jurídica, entre otros aspectos que de ser tratados a tiempo pueden evitar un desgaste innecesario tanto de los operadores judiciales como de todas aquellas personas que se ven afectadas por todas estas problemáticas. A nuestro juicio hace falta más limitación en la reglamentación porque a nuestro modo de ver e da exceso de poderes al juez.

---

<sup>34</sup> A continuación se expondrá con nuestras palabras lo que dijo la Jueza debido a que no pudimos obtener una grabación de la entrevista realizada.

Para algunas personas el hecho de reglamentar la medida cautelar innominada terminaría convirtiéndola en una medida típica como las demás y en todo caso truncaría el normal desarrollo de las medidas tal y como lo expuso el Doctor Gamal Mohammand Othman Atshan Rubiano Juez 1 Civil del Circuito para quien el tema de la reglamentación obstaculizaría la práctica de las medidas.

Aquí es necesario hacer una claridad y es que cuando hablamos de reglamentación no queremos decir que se deban establecer cuáles serán las medidas cautelares innominadas ya que en efecto esto terminaría por convertir a la medida en nominada, lo queremos proponer es que se haga una reglamentación de los factores que dan lugar a la medida y no a la medida misma, con factores nos referimos a que se establezca cuáles serán los parámetros de acción que debe seguir determinado juez a la hora de decretar una medida cautelar innominada, ya que la norma le otorga una gama de nuevas facultades pero no le explica cómo hacer uso de ellas y, como se ha reiterado en este trabajo, no se puede pretender que un sistema judicial que ha estado acostumbrado a una alta reglamentación normativa adopte un Common Law de un día para otro sin una previa preparación.

Todo esto se plantea con miras de ayudar al juez y guiarlo hacia una buena práctica de la medida cautelar innominada, evitándole así confusiones que en últimas terminarían truncando la aplicación efectiva de las medidas. Además tengamos en cuenta la novedad de la norma y la falta de precedentes en el proceso civil de las medidas cautelares innominadas por lo que la labor del legislador debe ir encaminada a suplir todos aquellos vacíos y evitar en todo momento una mala praxis de las medidas.

Para otros operadores de la Justicia, como es el caso de los abogados litigantes, logramos obtener sus conceptos respecto a las medidas cautelares y eficacia de las mismas; es así como el Doctor se refiere al decreto de medidas cautelares innominadas como aquella oportunidad lejana y compleja de solicitar al juez la protección de un derecho, si bien es cierto, opina que es una buena propuesta pero que necesita ser desarrollada en el ámbito jurídico por los siguientes motivos:

El especialista en Derecho Comercial indica que las facultades otorgadas al juez para decretar medidas cautelares innominadas son altamente perjudiciales adentrándose un poco al campo de la corrupción de la justicia en Colombia, teniendo en cuenta que se estaría facultando al juez para que a través de la argumentación imponga una medida que parezca adecuada a su criterio, sin embargo explica que sin tener en cuenta este factor potencial, también resultaría contrario a los derechos de los demandados en razón a la imposibilidad de conocer cuál sería su sanción, lo que va en contravía de los mandatos constitucionales en cuanto a que nadie será juzgado sin previa ley y aunque las

medidas cautelares innominadas se encuentren establecidas en la norma, no podría decirse que el demandado está enterado plenamente de su sanción.

Adicionalmente considera que la práctica de estas medidas genera riesgo para quien las solicita pues el demandado podría alegar exceso de perjuicios con la medida impuesta en relación al derecho a proteger lo que se volvería un ir y venir de peticiones; por lo que concluye la entrevista diciendo que a la fecha no ha desgastado el tiempo con este tipo de medidas que considera poco eficaces para el tipo de procesos a su cargo (Comerciales).

Para el abogado civilista las facultades otorgadas al juez no son ilimitadas y muchos menos discrecionales por lo que menciona los tres parámetros establecidos en el Código General de Proceso: la existencia de amenaza o vulneración del derecho alegado, apariencia de buen derecho y la necesidad, efectividad y proporcionalidad de la medida que está siendo solicitada. Se refirió a éstas, como la reglamentación necesaria para este tipo de medidas, pues cree firmemente en que la argumentación del juez al momento del decreto de la medida permite entender el porqué de su decisión y precisa:

- *Y es que, ¿cómo podría negársele al juez la facultad de decidir, bajo la presentación de estos presupuestos, una medida que garantice la no vulneración del derecho? Si es que el Ley no puede ni debe ser ajustada a cuatro esquinas sin salida.*

Indicando que se encuentra de acuerdo con la aplicación de medidas que vayan acorde con la necesidad del afectado, por lo que cuestionamos acerca de la eficacia de la aplicación de las medidas cautelares innominadas en cuanto al restablecimiento del derecho del demandante, a lo que se encontró plenamente convencido de la eficacia en su aplicación y aunque indicó que a través de su experiencia no ha solicitado una medida así, mencionó el caso en el que el propietario de un terreno solicita al juez: primero, la rectificación de las medidas de su propiedad ya que sospecha que su colindante ha invadido cierta parte de éste con la construcción de una cerca y segundo, de ser cierto el primer punto, solicita la medida necesaria para evitar que se continúe con la violación de su derecho, de esta manera el juez verifica la violación y decreta la reubicación inmediata de la cerca que se encuentra en propiedad del demandado.

Siendo esta una medida precisa que restablece el derecho del demandante de forma inmediata y que adicionalmente permite el curso normal del proceso hasta la conclusión de perjuicios entre las partes.

## **CAPACITACIONES**



Además de lo anterior, proponemos que después de una reglamentación normativa se realicen conferencias de capacitación para los jueces, en donde se les ayude a entender los alcances y las verdaderas finalidades de las medidas cautelares innominadas y que no se deje esa cuestión a su libre interpretación, pero que sobretodo se creen unos parámetros de acción para todos los jueces con responsabilidad social y jurídica es decir que las providencias en las que se decreten y practiquen las medidas cautelares se vayan delimitando los verdaderos criterios.

Los cambios son necesarios en un ordenamiento, pero con cada cambio viene una gran responsabilidad, es obligación preparar al sistema jurídico para que éste pueda adoptar mecanismos que antes no se encontraban previstos en la norma para que cuando se apliquen no degeneren en confusiones y posibles arbitrariedades en razón del desconocimiento por parte de los operadores judiciales que obligan a la disparidad de interpretación creando el caos en la seguridad jurídica.

### **Aprender de las experiencias en otros países**

Uno de los apartados de este trabajo evidenció la práctica de las medidas cautelares innominadas en España, Argentina y Uruguay con la finalidad de exponer cuáles son los aspectos con los que cuentan dichos países respecto de las medidas. Ahora bien, debido a que la medida cautelar innominada no estaba contemplada en el proceso civil, consideramos un buen ejercicio analizar cómo operan las mencionadas medidas en otros países que ya han pasado por esa experiencia y tomar lo que se adecúe más a nuestra situación y tratar de implementarlo. Vemos como en el caso de Uruguay tuvieron que pasar alrededor de 87 años para que se pudieran aplicar las medidas cautelares innominadas, además de una serie de reformas que ayudaron a perfilar el poder cautelar genérico en ese país.

Es por eso que nuestra propuesta va encaminada también a que se tomen las medidas pertinentes con anterioridad y así evitar una problemática al momento de la real aplicación de las medidas cautelares innominadas, se deben prevenir todas estas dificultades y sobre todo preparar al sistema jurídico para que así las medidas cumplan con la verdadera finalidad para la cual fueron implementadas en nuestro país. La cuestión no es introducir cuanto mecanismo se quiera sino determinar cuál de todos ellos obedece a nuestras necesidades y adoptar las disposiciones previas que permitan su apto desarrollo. Se pueden evitar las problemáticas antes de que se originen, no se debe esperar a que sea la práctica la que nos diga que hacer sino que se deben crear alternativas que prevean todos los problemas que se puedan originar.

## **Implementar una audiencia sumaria**

En el caso de las medidas cautelares innominadas extraprocesales, y teniendo en cuenta que en la primera parte de este trabajo quedo clara la violación al debido proceso por no cumplir con el elemento de la bilateralidad, proponemos la reglamentación de un audiencia sumarísima en donde se le dé la oportunidad al resistente de la medida para oponerse mediante los mecanismos tradicionales (recurso, incidente, nulidad constitucional, contracultura).

## CONCLUSIONES

- Como desarrollo de nuestra investigación podemos concluir que dada la implementación de las medidas cautelares innominadas dentro del ordenamiento jurídico Colombiano mediante el Código General del Proceso, se genera un cambio de sistema normativo que se da gracias a un trasplante jurídico, una transición del sistema civil law al common law, por este motivo se dejaron de contemplar diferentes aspectos de gran trascendencia, lo que genera diferentes interpretaciones y ejecución respecto de las medidas innominadas dado que se deja a disposición del juez la trayectoria de las medidas. En el momento que dichas medidas sean pedidas extraprocesalmente, se vería vulnerado el debido proceso, ya que se dejaría de lado la bilateralidad, y de esta manera ocasionaría un daño a quien resiste la medida debido a que no cuenta con herramientas que le permitan hacerle frente a tal disposición.
- Partimos de que en la legislación en materia civil Colombiana no existe una diferencia entre la medida cautelar y la medida provisional o anticipada, lo que ocasiona que en la práctica se le dé un trato indistinto a dos situaciones disímiles cuyos efectos son totalmente distintos, por lo tanto se debe dar una real diferenciación que ayude a determinar qué procedimiento se seguirá cuando se presente cada una de estas situaciones.
- Es necesario aprender de la experiencia que han vivido otros países en cuyo ordenamiento se encuentran contempladas las medidas cautelares innominadas, todo esto con la finalidad de implementar disposiciones que permitan evitar y controlar las problemáticas que puedan ocurrir en la práctica real de las medidas cautelares innominadas. Si se tiene la oportunidad de evitar ese tipo de situaciones lo ideal es tomar las medidas necesarias hoy, antes de que se originen ciertas dificultades.
- Como se mencionó, debemos tener en cuenta que antes de ser un operador de justicia el juez es un ser humano que comete errores como cualquier otra persona, por lo cual el ordenamiento tiene el deber de proveer las herramientas necesarias para que la labor del juez sea mucho más fácil y se eliminen en su mayoría los márgenes de error que se pueden ocasionar por la discrecionalidad judicial. Por lo tanto, resulta arriesgado otorgar un alto número de facultades a un juez que no se encuentra preparado para ello, así que se debe realizar una labor de preparación y sobre todo de contingencia que prevea todas aquellas situaciones

desfavorables que se puedan ocasionar. No dejemos que el fin justifique los medios, ante todo deben prevalecer los derechos de los sujetos procesales quienes acuden ante el juez con la finalidad de dar una solución a sus problemas y esperan de él una actuación imparcial, por lo tanto el ordenamiento debe otorgar mecanismos que le exijan al juez la responsabilidad social, jurídica y la calidad de sus providencias que pueden

## BIBLIOGRAFÍA

- ✓ CABANELLAS, Guillermo; diccionario jurídico elemental; Buenos Aires; Editorial Heliasta 1 edición, 2005
- ✓ CALAMANDREI, Piero, COUTURE, Eduardo, Juan, *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*, ARA Editores, 2005
- ✓ CHIOVENDA, Giuseppe, Instituciones de derecho procesal civil, Vol. I, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1948
- ✓ MARTÍNEZ BOTOS, Raúl, Medidas cautelares, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1994.
- ✓ RAMÍREZ, Jorge Orlando, *Función precautelar*, Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, 2005
- ✓ RIVERA, Camilo, El proceso cautelar en el proceso penal acusatorio Mexicano, IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C., núm. 24,, Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A. C. México, 2009
- ✓ ROCCO, Ugo, Tratado de derecho procesal civil, t. V, Editorial Depalma, Buenos Aires
- ✓ RUIZ DE LA FUENTE, María Consuelo, *Las intimaciones judiciales en el proceso civil*, Altelier Editores, España, 2011.
- ✓ ORTIZ, ORTIZ, Rafael, *Las medidas innominadas en el procedimiento civil venezolano*, En: Revista de la facultad de ciencias jurídicas y políticas de la U.G.V, Ed. Grafisistem , Caracas, 1995
- ✓ ORTIZ, ORTIZ, Rafael, *El poder cautelar y las medidas innominadas en el ordenamiento jurídico Venezolano*, Editorial Paredes, Caracas, 1997

## CIBERGRAFÍA

- ✓ ALVARADO VELLOSO, Adolfo, El procedimiento cautelar y la solución urgente y anticipada de una pretensión. Disponible en línea: <https://letrujil.files.wordpress.com/2013/09/35adolfo-alvarado-velloso.pdf>
- ✓ KLETT, FERNÁNDEZ, Selva Anabella, Las medidas cautelares innominadas en el Código General del Proceso de la República Oriental del Uruguay, Disponible en: <https://letrujil.files.wordpress.com/2013/09/40selva-anabella-klett-f.pdf>
- ✓ JONGITUD, SAMORA, Jaqueline, *Teorías éticas contemporáneas*, Disponible en: <http://www.seminariodefilosofiadelderecho.com/docencia1/humanos/CONTENIDOS/DDHH/teorias%20eticas%20contempor%C3%A1neas.htm#3>
- ✓ MOROI, Andrea, *Marcos teóricos sobre el fenómeno de la recepción*, Disponible en línea: <http://www.centrodefilosofia.org.ar/revcen/RevCent298.pdf>
- ✓ RAMOS, MÉNDEZ, Francisco, *Las medidas cautelares en el proceso civil Español*, Disponible en: [http://www.rya.es/articulos/las\\_medidas\\_cautelares\\_en\\_el\\_proceso\\_civil\\_espanol.pdf](http://www.rya.es/articulos/las_medidas_cautelares_en_el_proceso_civil_espanol.pdf)
- ✓ ORTELLS RAMOS, Manuel, *Las medidas cautelares en la nueva ley de enjuiciamiento civil*, Disponible en: <https://www.rexurqa.es/pdf/col163.pdf>
- ✓ PALOMO, VELEZ, Diego, *El garantismo procesal como única vía de concreción de proceso de proceso y del debido proceso*. Disponible en línea: [http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-00122005000100012](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122005000100012)
- ✓ PARRA QUIJANO, Jairo, *medidas cautelar innominada*, Disponible en: <https://letrujil.files.wordpress.com/2013/09/12jairo-parra-quijano.pdf>
- ✓ VALENTÍN, Gabriel, “Medidas cautelares y provisionales, la exigencia de contradicción”, vídeo disponible en línea: <https://www.youtube.com/watch?v=IH3YdC4ph64>